

# Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale

ANNO XII  
2/2012

La riforma degli ammortizzatori sociali

Assicurazione infortuni ed esonero  
da responsabilità

Clausola collettiva di pensionamento  
e divieto di discriminazioni per età

L'accertamento tecnico preventivo  
nel processo previdenziale



il Mulino

fette da sindrome da talidomide la ratio del beneficio concesso, derivante dall'immissione in commercio del detto farmaco in assenza di adeguati controlli sanitari sui suoi effetti, ha fondamento analogo, se non identico, a quello del beneficio introdotto dall'art. 1, c. 3, l. n. 210/1992. Nella sindrome da talidomide, come nell'epatite post-trasfusionale, i danni irreversibili subiti dai pazienti sono derivati da trattamenti terapeutici non legalmente imposti e neppure incentivati e promossi dall'autorità nell'ambito di una politica sanitaria pubblica (a differenza di quanto avviene per chi abbia ricevuto una menomazione permanente alla salute da vaccinazioni obbligatorie). Entrambe le misure hanno natura assistenziale, basandosi sulla solidarietà collettiva garantita ai cittadini alla stregua degli artt. 2 e 38 Cost.; ma viene differenziato il trattamento delle persone affette da epatite post-trasfusionale rispetto a quella dei soggetti portatori della sindrome da talidomide, perché a questi ultimi è riconosciuta la rivalutazione annuale dell'intero indennizzo, mentre alle prime la rivalutazione (sulla base del tasso di inflazione programmato: art. 2, c. 1, l. n. 210/1992) è negata proprio sulla componente diretta a coprire la maggior parte dell'indennizzo stesso, con la conseguenza, tra l'altro, che soltanto questo rimane esposto alla progressiva erosione derivante dalla svalutazione. E ciò ad onta delle caratteristiche omogenee dei due benefici.

## Sui perduranti contrasti tra Consiglio di Stato e Corte dei conti in tema di giurisdizione pensionistica

di Filippo Olivelli

SOMMARIO: 1. La giurisdizione del giudice del rapporto di lavoro. - 2. La giurisdizione della Corte dei conti in materia pensionistica. - 3. La giurisdizione pensionistica nella giurisprudenza della Corte di cassazione: l'identificazione del *pettium* e i giudizi sulla pensione. - 4. Il criterio temporale, lo *status* del dipendente e la delibazione. - 5. La giurisdizione pensionistica nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

### 1. La giurisdizione del giudice del rapporto di lavoro

Gli orientamenti della giurisprudenza sul problema della giurisdizione pensionistica dei pubblici dipendenti hanno sempre oscillato tra due poli; l'uno che fa riferimento al giudice ordinario e, a seconda dei casi, al giudice amministrativo, e l'altro che fa riferimento alla Corte dei conti: mentre i primi vengono riconosciuti competenti a decidere sulle questioni inerenti i rapporti lavorativi o di servizio dei soggetti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il giudice contabile, in virtù di disposizioni emanate più di settanta anni orsono, ha giurisdizione sui ricorsi in ambito di pensioni dei pubblici dipendenti. Si tratta di punti fermi frutto di una lunga evoluzione legislativa e di un'altrettanto complessa diaatriba giurisprudenziale circa il corretto assetto da dare alla materia dei giudizi pensionistici che ha comportato il ripetuto coinvolgimento della Corte di cassazione quale organo deputato alla soluzione delle questioni di competenza giurisdizionale.

Il sistema predisposto dall'ordinamento così come stabilito dall'art. 63, c. 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165<sup>1</sup>, prevede che, in generale, sono de-

<sup>1</sup> In realtà in tale articolo, che detta le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, è stato trasfuso il precedente art. 68, d.lgs. n. 29/1993, sostituito prima dall'art. 33, d.lgs. n. 546/1993, e poi ancora dall'art. 29, d.lgs. n. 80/1998. Infine modificato dall'art. 18, d.lgs. n. 387/1998. In dottrina, *ex pluribus*, si veda:

volute alla giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro le controversie aventi ad oggetto i rapporti lavorativi dei soggetti alle dipendenze della P.A. Al contrario, il comma 4 del medesimo articolo prevede che restino devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo sia le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni privatizzate, sia nell'ambito del personale degli enti non privatizzati individuati dall'art. 3, d.lgs. n. 165/2001, le controversie relative ai rapporti di lavoro ed attinenti i diritti patrimoniali connessi<sup>2</sup>. Quest'ultima disposizione è quella che ha sicuramente suscitato più problematiche interpretative comportando la necessità di un coordinamento con le norme sulla giurisdizione contabile.

## 2. La giurisdizione della Corte dei conti in materia pensionistica

Il regio decreto n. 1214/1934, meglio conosciuto come Testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, agli artt. 13 e 62 stabilisce che la stessa «giudica sui ricorsi in materia di pensione in tutto o in parte a carico dello Stato o di altri enti designati dalla legge», su «tutti gli altri ricorsi in materia di pensione, che leggi speciali (le) attribuiscono» e sui giudizi in materia di pensioni civili militari e di guerra a carico dello Stato<sup>3</sup>. In seguito l'assem-

AA. VV., *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005; F. CARINCI, *Una riforma «conclusa». Fra norma scritta e prassi applicata*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, p. 329; Id., *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di un scommessa perduta)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 1049; M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la «seconda privatizzazione» del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 630; L. BUSIO, *La giurisdizione nelle controversie di lavoro pubblico a dieci anni dalla privatizzazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, p. 211.

<sup>2</sup> In realtà la giustizia amministrativa ha giurisdizione esclusiva anche per alcune fattispecie particolari quali la speditività manicomiale ed in via residuale, fino all'emanazione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, la previdenza del pubblico impiego; TAR Toscana 23 agosto 2001, n. 1333, in *Regiusan*, 2003, 225, p. 314; Cass. 11 ottobre 1994, n. 8297, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3002.

<sup>3</sup> Il testo dell'art. 62 così prevede: «contro i provvedimenti definitivi di liquidazione di pensione a carico totale o parziale dello Stato è ammesso il ricorso alla competente sezione della Corte, la quale giudica con le norme di cui agli articoli seguenti. Alla medesima sezione sono devoluti anche tutti gli altri ricorsi in materia di pensione, che leggi speciali attribuiscono alla Corte dei conti, nonché le istanze dirette ad ottenere la sentenza che tenga luogo del decreto di collocamento a riposo o in riforma e dichiarati essersi verificate nell'impiegato dello Stato o nel militare le condizioni dalle quali, secondo le leggi vigenti, sorge il diritto a pensione, assegno o indennità. In materia di riscatto di servizi il ricorso è ammesso soltanto contro il

blea costituente inserì la Corte dei conti nel sistema della Costituzione menzionandola sia al secondo comma dell'art. 100 che al secondo comma dell'art. 103, prevedendo la sua giurisdizione esclusiva «nelle materie di contabilità pubblica», lasciando però al legislatore ordinario l'individuazione di ulteriori ambiti giurisdizionali «nelle altre (materie) specificate dalla legge». D'altra parte quest'ultima disposizione fu interpretata nel senso che potessero essere attribuite alla Corte dei conti anche quelle competenze già individuate da leggi precedenti e quindi si garantì, anche nell'ordinamento repubblicano, la sopravvivenza del sistema predisposto dallo Stato liberale e dal regime corporativo in ambito di giurisdizione pensionistica. Pertanto attualmente, vista la mancanza di modifiche sostanziali a queste norme, si può affermare che il legislatore ha predisposto un sistema in cui la Corte dei conti è competente a conoscere sulle controversie circa l'insorgere, la modifica e l'estinzione del diritto a pensione dei pubblici dipendenti, mentre invece residua al giudice amministrativo o al giudice del rapporto il vaglio sugli atti amministrativi presupposti e prodromici al trattamento previdenziale.

Questa distinzione è il frutto di una consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione<sup>4</sup> che ha stabilito *in primis* che la Corte dei conti è competente a decidere sui «provvedimenti che concedono, rifiutano o riducono la pensione, ledendo il diritto dell'ex dipendente in ordine all'an ed al *quantum* di essa» e, di conseguenza, che essa può decidere «su ogni questione relativa agli elementi formativi del diritto alla pensione e alle condizioni che determinano il diritto stesso in relazione all'ammontare e alla durata dell'assegno pensionistico»<sup>5</sup>. Inoltre l'ampia formula adottata dal regio decreto del 1934 ha indotto le Sezioni

decreto concernente la liquidazione del trattamento di quiescenza nel termine stabilito dal primo comma dell'articolo seguente». Fu poi emanato anche il regio decreto n. 1038/1933 che predispose il regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte di conti. In dottrina v. S. COSTICO, *Sulla permanenza della giurisdizione pensionistica contabile*, in *Inf. prev.*, 2006, p. 16. 4 Vedi ad es. G. DEL GRECO, *Raccolta di giurisprudenza in Rass. avv. Stato*, 1952, 12, p. 223.

<sup>5</sup> Cass. sez. un. 8 aprile 2010, n. 8317, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 512; Cass. sez. un. 14 febbraio 2007, n. 3195 (ord.), in *Foro it.*, 2007, I, c. 2701; Cass. sez. un. 4 gennaio 2007, n. 12, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1780; Cass. sez. un. 14 giugno 2005, n. 12722, in *Foro amm. Cds*, 2005, p. 1685; Cass. sez. un. 21 luglio 2001, n. 9968, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1443; Cass. sez. un. 4 aprile 2000, n. 92, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 683; Cass. sez. un. 28 agosto 1990, n. 8867, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, p. 1628; Cass. sez. un. 25 novembre 1987, n. 8744, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, p. 2418; Cass. sez. un. 15 luglio 1987, n. 6185, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, p. 1766.

unite a decretare che «la giurisdizione della Corte dei conti è relativa alla 'materia' delle pensioni a totale o parziale carico dello Stato e la genericità della disposizione induce a ritenerla riferibile anche a provvedimenti che, sebbene privi del suddetto contenuto, siano tuttavia destinati ad avere esclusiva influenza ai fini della determinazione della prestazione pensionistica»<sup>6</sup>. Infine è stato stabilito che nell'indagine che l'organo contabile dovrà svolgere per dirimere tali questioni, esso accetterà e valuterà i fatti con gli stessi poteri anche istruttori del giudice ordinario e potrà eventualmente indagare sugli atti amministrativi attributivi del trattamento qualora ciò non implichi una pronuncia sul pregresso rapporto lavorativo pubblico, ma solo sul trattamento pensionistico<sup>7</sup>.

### 3. La giurisdizione pensionistica nella giurisprudenza della Corte di cassazione: l'identificazione del *petitum* e i giudizi sulla *petitum*

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di cassazione emerge un quadro abbastanza chiaro ed omogeneo, pur rinvenendosi pronunce che non mancano di suscitare perplessità, circa il riparto di giurisdizione tra il giudice amministrativo o ordinario e quello contabile. Da tale quadro si possono ricavare alcuni punti fermi, il più rilevante dei quali prevede che la giurisdizione della Corte dei conti in ambito di pensioni ha carattere pieno ed esclusivo in quanto si basa sul criterio legale di attribuzione costituito dalla materia; pertanto essa può pronunciarsi su tutte le controversie in cui il rapporto previdenziale costituisce l'elemento identificativo del *petitum* sostanziale della domanda<sup>8</sup>. Nelle materie di propria compe-

<sup>6</sup> Cass. sez. un. 8 novembre 2006, n. 23732, in *Riv. Corte conti*, 2006, 6, p. 282. Per la conferma della *vis* espansiva di questo principio si veda, a titolo esemplificativo, anche Cass. sez. un. 9 gennaio 2008, n. 171 (ord.), in *Riv. Corte conti*, 2008, 1, p. 186, sulla configurabilità della giurisdizione della Corte dei conti anche in tema di benefici *ex art.* 13, l. n. 257/1992 in favore di dipendente delle Ferrovie dello Stato esposti all'amianto; Cass. 25 giugno 2002, n. 9285 (ord.), in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1096.

<sup>7</sup> Cass. sez. un. 9 gennaio 2008, n. 171 (ord.), cit.

<sup>8</sup> Cass. sez. un. 4 gennaio 2007, n. 14, in *Foro amm. CdS*, 2007, p. 1117; Cass. sez. un. 8 novembre 2006, n. 23732, cit.; Cass. sez. un. 20 dicembre 2006, n. 27187, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1780; Cass. 14 giugno 2005 n. 12722, cit.; Cass. sez. un. 3 maggio 2005, n. 9099, in *Dir. giur.*, 2005, 24, p. 26; Cass. sez. un. 28 luglio 2004, n. 14171, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Pensione», n. 14; Cass. sez. un. 18 febbraio 2004, n. 3166, in *Foro amm. CdS*, 2004, p. 367;

tenza giurisdizionale, la Corte dei conti generalmente emette sentenze di natura dichiarativa o di mero accertamento<sup>9</sup>, in quanto finalizzate alla sola verifica di un diritto a pensione che è già maturato e la cui misura è predefinita dalla legge. D'altronde il provvedimento amministrativo determinativo del trattamento economico del lavoratore - che l'ente pubblico - può essere valutato solo agli effetti della liquidazione della pensione e nel giudizio costituisce solo un mero presupposto processuale; tale provvedimento, eventualmente, può essere solo di ausilio per stabilire l'esatta misura del diritto al trattamento pensionistico. I giudici di legittimità escludono infatti la possibilità, per il giudice contabile, di emettere pronunce con carattere caducatorio o annullatorio con il fine di inficiare, anche in via incidentale, la legittimità dell'atto amministrativo di concessione o di modificare lo stato giuridico ed economico del lavoratore e del relativo rapporto di pubblico impiego.

Le problematiche affrontate dalla Corte dei conti riguardano con assoluta prevalenza questioni in tema di liquidazione o determinazione della pensione, oppure l'applicabilità di alcuni benefici che derivano dal rapporto lavorativo, la Corte tuttavia, non si è spinta fino al punto di pronunciarsi circa la legittimità o meno della loro concessione. In questa prospettiva quindi la Corte dei conti si è espressa sulla natura della prestazione pensionistica, sul diritto a percepirla<sup>10</sup>, in ambito di pensione privilegiata<sup>11</sup> e di reversibilità<sup>12</sup>, oppure sulla decorrenza del trattamento o sulla determinazione della sua misura<sup>13</sup>. Inoltre essa ha provveduto anche

Cass. sez. un. 3 marzo 2003, n. 3079, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 252; Cass. sez. un. 27 giugno 2002, n. 9343, in *Riv. Corte conti*, 2002, 3, p. 224. V. anche F. GARRI, *La giurisdizione in materia di pensioni*, in *Riv. Corte conti*, 2010, 6, p. 247.

<sup>9</sup> Cass. sez. un. 6 marzo 2009, n. 5467, in *Riv. Corte conti*, 2009, 2, p. 238.

<sup>10</sup> Corte conti 22 agosto 1988, n. 285201, in *Foro amm.*, 1989, p. 1946, secondo cui è sufficiente che il diritto abbia natura o «almeno configurazione pensionistica».

<sup>11</sup> Cass. sez. un. 6 marzo 2009, n. 5467, cit., secondo cui la Corte dei conti può decidere anche sulla «sola domanda di mero accertamento della causa di servizio, quale presupposto del trattamento pensionistico privilegiato, atteso il carattere esclusivo di tale giurisdizione, affidata al criterio di collegamento costituito dalla materia»; Cass. sez. un. 30 dicembre 2004, n. 24171, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 1. In dottrina v. F. GARRI, *op. cit.*, p. 251.

<sup>12</sup> Cass. sez. un. 7 marzo 2008, n. 6179, in *Foro amm. CdS*, 2008, p. 721, secondo cui la Corte dei conti è competente a decidere sull'assegno per il nucleo familiare integrativo di pensione di reversibilità erogata dall'Inpdap «perché detto assegno ha carattere accessorio e integrativo rispetto alla pensione a carico dello Stato». In dottrina v. F. GARRI, *op. cit.*, p. 251.

<sup>13</sup> Cass. sez. un. 8 aprile 2010, n. 8317, cit.; Cass. 20 dicembre 2006, n. 27187, cit.

a condannare sia al pagamento di eventuali differenze economiche<sup>14</sup>, che alla corresponsione di altri assegni o titoli che possono costituire parte integrante del trattamento previdenziale<sup>15</sup> quali gli assegni per il nucleo familiare<sup>16</sup>; la Corte dei conti, infine, si è anche pronunciata su questioni attinenti il recupero di somme previdenziali indebitamente versate dal datore di lavoro quando ciò incida sulla sussistenza o sulla misura della pensione<sup>17</sup>, o sulla ripetibilità degli indebiti conseguenti alla trasformazione della pensione da provvisoria in definitiva<sup>18</sup>, ma non si è espressa sulla legittimità di detti atti o sul trattamento economico goduto dal soggetto in costanza di rapporto lavorativo<sup>19</sup>. Infatti, anche se questo costituisce la base per la successiva erogazione previdenziale, la soluzione di vicende legate alla posizione o all'inquadramento del lavoratore e quindi la sua retribuzione, rappresenta una questione pregiudiziale che è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice del rapporto d'impiego<sup>20</sup>. D'altronde

<sup>14</sup> Cass. sez. un. 12 aprile 2000, n. 130, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 695.

<sup>15</sup> Cass. sez. un. 7 novembre 2000, n. 1149, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 2215; Cass. sez. un. 4 ottobre 1996, n. 8682, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1365 con nota di S. SORDANI, secondo cui la Corte dei conti è competente a decidere sul recupero di: assegni di pensione già erogati, somme erogate a titolo di componenti o di accessori del trattamento pensionistico, dell'indennità integrativa speciale, della tredicesima mensilità ed anche nei confronti degli eredi del pensionato.

<sup>16</sup> Cass. sez. un. 7 marzo 2008, n. 6179, cit.

<sup>17</sup> Cass. 18 giugno 2008, n. 16530, in *Foro it.*, 2009, II, c. 470; Cass. sez. un. 29 febbraio 2008, n. 5430, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2886, secondo cui la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti in materia di pensioni di guerra «si estende alle controversie relative ad atti di recupero di assegni di pensione già erogati, atteso che anch'essi investono il *quantum* di detto trattamento»; Cass. sez. un. 16 novembre 2007, n. 23731, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1940; Corte conti 8 luglio 2006, n. 11 in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1249; Cass. 14 giugno 2005 n. 12722, cit.; Cass. 21 luglio 2001 n. 9968, cit.

<sup>18</sup> Corte conti sez. un. 11 ottobre 2007, n. 7/2007/QM, in *La previdenza.it* con nota di D. CARBONE.

<sup>19</sup> Cass. sez. un. 8 aprile 2010, n. 8317, cit., in tale sentenza è stato pronunciato il seguente principio di diritto: «la Corte dei conti, (ha) ... giurisdizione esclusiva sui provvedimenti inerenti al diritto, alla misura ed alla decorrenza della pensione dei pubblici dipendenti (nonché degli altri assegni che ne costituiscono parte integrante)...»; suscita perplessità, invece, Cass. 4 gennaio 2007, n. 14, in *Foro amm. CdS*, 2007, p. 1117 in materia di indennità di buonuscita: **benché in sentenza si riconosca la funzione previdenziale di quest'istituto se ne individua la giurisdizione nel g.o.**; Cass. sez. un. 30 dicembre 2004, n. 24169, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 297; Cass. sez. un. 18 dicembre 1997, n. 12826, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 2445.

<sup>20</sup> Cass. 30 aprile 2010, n. 10509, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 640; Cass. 15 gennaio 2010, n. 528, in *Riv. Corte conti*, 2010, I, p. 187; Cass. sez. un. 7 agosto 2009, n. 18076, in *Riv. Corte conti*, 2009, 4, p. 199; Cass. sez. un. 2 giugno 1997, n. 4910, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 899.

i giudici di legittimità, in conformità all'art. 63, d.lgs. n. 165/2001, oltre ad aver ribadito la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria sulle domande «concernenti la misura dell'indennità di buonuscita e di fine rapporto, oltre che eventuali aspetti *lato sensu* risarcitori in quanto crediti il cui titolo è rinvenibile in situazioni giuridiche soggettive costituenti articolazioni immediate e dirette del rapporto di lavoro»<sup>21</sup>, hanno anche specificato che l'inosservanza di tali ripartizioni, in quanto attinente ai limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali, è sanzionabile dalla stessa Corte di cassazione<sup>22</sup>.

Una siffatta ripartizione dell'ambito di giurisdizione, ancorché appaia netta, non può però implicare che determinati istituti giuridici ricadono nella sfera di competenza dell'uno o dell'altro organo in virtù di una loro apodittica collocazione ordinamentale che non tenga conto della loro funzione. Infatti alcune sentenze hanno ricostruito lo scopo cui un istituto giuridico è preposto prima di stabilire la corretta giurisdizione e tale condivisibile approccio lo si può rinvenire in una recente pronuncia delle Sezioni unite in materia di ricongiunzione della contribuzione regolarmente versata presso due gestioni differenti. La sentenza ha stabilito che la giurisdizione appartiene alla Corte dei conti se la domanda ha ad oggetto il trasferimento di contributi già versati presso altra gestione previdenziale in quella tenuta ad erogare la pensione a carico dello Stato, mentre invece risulta la competenza del giudice ordinario se la richiesta di condanna verte alla sola restituzione dei contributi non trasferibili<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> La frase è tratta da Cass. sez. un. 30 aprile 2010, n. 10509, cit. Vedi anche Cass. 15 gennaio 2010, n. 528, cit.; Cass. sez. un. del 7 agosto 2009, n. 18076, cit.; Cass. sez. un. 8 novembre 2006, n. 23732, cit.; Cass. sez. un. 12 marzo 2004, n. 5171, in *Riv. Corte conti*, 2004, 2, p. 301; Cass. sez. un. 1 aprile 1999, n. 207, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 727; Cass. sez. un. 2 giugno 1997, n. 4910, cit. In dottrina v. F. GARRI, *op. cit.* p. 248, secondo cui la Corte dei conti giudica sulle controversie che «hanno ad oggetto provvedimenti che sebbene privi del contenuto pensionistico, siano, tuttavia, destinati ad avere influenza esclusiva ai fini della determinazione della prestazione pensionistica».

<sup>22</sup> Cass. sez. un. 7 agosto 2009, n. 18076, cit.; Cass. sez. un. 23 febbraio 1999, n. 99, in *Riv. Corte conti*, 1999, I, p. 184; Cass. sez. un. 29 dicembre 1997, n. 13058, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 2445; Cass. sez. un. 18 dicembre 1997, n. 12826, cit.; Cass. sez. un. 15 novembre 1982, n. 6084, in *Giur. it.*, 1983, I, c. 1496; Cass. sez. un. 7 dicembre 1983, n. 7293, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1304.

<sup>23</sup> Cass. sez. un. 8 maggio 2008, n. 11209, in *Giuda dir.*, 2008, 26, p. 81; Cass. sez. un. 21 giugno 2010, n. 14897, in *Foro it.*, 2011, III, c. 790; Cass. sez. un. 23 aprile 2008, n. 10455, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 614; Cass. sez. un. 29 luglio 2003, n. 11631, in *Foro amm. CdS*, 2003, p. 2175; Cass. sez. un. 10 maggio 2001, n. 193, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 900; Cons.

Questa approccio distintivo ha spiegato i suoi effetti anche in relazione alla problematica dei fondi di previdenza integrativa obbligatoria per i dipendenti pubblici: qualora infatti detti fondi abbiano la funzione di integrare il trattamento pensionistico pubblico, la competenza a decidere è dell'organo contabile<sup>24</sup>; qualora invece la controversia ha ad oggetto un trattamento «che pur assolvendo una funzione previdenziale, origina un'obbligazione di natura retributiva ed è strutturalmente inerente al rapporto di lavoro», la competenza è dell'autorità giurisdizionale ordinaria<sup>25</sup>.

#### 4. Il criterio temporale, lo status del dipendente e la delibazione

Vista la prevalenza del criterio attributivo della giurisdizione per materia, non è da condividere quell'orientamento giurisprudenziale che tiene conto del tempo in cui il diritto sorge: sarebbe cioè competente a decidere, in ordine al beneficio pensionistico, l'autorità giudiziaria ordinaria se il lavoratore risulta ancora in servizio, o la Corte dei conti se il lavoratore è divenuto pensionato, a meno che non sia la legge a porre un termine decorso il quale si modifichi la giurisdizione<sup>26</sup>. Tale impostazione però non tiene conto del *petitum* sostanziale, che, invece, appare essere l'unico parametro valido per l'individuazione della giurisdizione altrimenti, secondo i giudici di legittimità, si «finirebbe per elevare ad elemento di discriminazione un fattore - quello della permanenza, o meno, in servizio al momento della pendenza delle domanda giudiziale - del tutto casuale»<sup>27</sup>.

Recentemente però, sempre in ambito di parametro temporale, la Corte di cassazione, applicando il criterio funzionale appena chiarito, ha

Stato 25 giugno 2010, n. 4108, in *Foro amm. CdS*, 2010, p. 1229; Cons. Stato 17 settembre 2009, n. 5551, in *Foro amm. CdS*, 2009, p. 2094. In dottrina vedi F. GARRE, *op. cit.*, p. 252.

<sup>24</sup> Corte conti 3 febbraio 2006, n. 75, in *Riv. Corte conti*, 2006, I, p. 213 che per la verità si riferisce a personale dipendente di una regione a statuto speciale.

<sup>25</sup> Cass. sez. un. 7 agosto 2009, n. 18075, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 1178, nel caso in questione però non si faceva più riferimento ad un trattamento pensionistico a carico dello Stato o di altro ente indicato dalla legge, poiché era mutata la natura dell'Ente erogatore della prestazione.

<sup>26</sup> Cass. sez. un. 25 giugno 2002, n. 9234, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1084.

<sup>27</sup> Cass. sez. un. 8 novembre 2006, n. 23732, cit.; Cass. 28 novembre 1996, n. 10618, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2575; Cass. sez. un. 10 giugno 1983, n. 3982, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, p. 1419.

opportunamente stabilito che ai fini del riparto di giurisdizione nelle controversie relative alla computabilità dell'indennità di amministrazione nel trattamento pensionistico, occorre verificare se la domanda è proposta nel corso del rapporto di lavoro ed è diretta alla computabilità dell'elemento nella base contributiva; in questo caso la giurisdizione appartiene al giudice del rapporto in quanto domanda inerente «agli obblighi, pur con connotazione previdenziale, nascenti dal rapporto d'impiego e alla base di calcolo dei contributi sulla retribuzione che l'amministrazione è tenuta a versare». Se invece con il ricorso il dipendente già in quiescenza chiede che detta indennità venga conteggiata nella pensione o nella base pensionistica, la giurisdizione appartiene alla Corte dei conti poiché la questione attiene al rapporto previdenziale e riguarda il *quantum* di pensione erogata o da erogare<sup>28</sup>.

Più complesso ai fini della corretta determinazione della giurisdizione è poi il problema della modifica dello *status* del dipendente e di conseguenza del suo trattamento economico, perché ciò può avvenire sia quando il lavoratore è in servizio che al momento del pensionamento. D'altra parte la modifica a monte del rapporto di impiego ha sicuramente incidenza, a valle, sul rapporto pensionistico o meglio sulla determinazione della sua misura. Rispetto a ciò la giurisprudenza della Corte di cassazione intende per provvedimenti in materia di *status* quegli atti che incidono sul rapporto di servizio e che sono solo prodromici alla determinazione del trattamento pensionistico; ma poiché tali provvedimenti sono emanati con un atto autoritativo dell'ente datore di lavoro, secondo i giudici di legittimità essi rientrano nell'insindacabile sfera del rapporto di servizio o di impiego e debbono pertanto essere sottratti alla giurisdizione della Corte dei conti.

Dall'esame della casistica emerge, conformemente a quanto chiarito, che è da escludere la giurisdizione dell'autorità contabile in materia di riconoscimento della qualifica superiore quale beneficio combattentistico all'atto del collocamento a riposo<sup>29</sup>, così come non attiene alla Corte dei conti la competenza sulle questioni inerenti lo *status* dei militari

<sup>28</sup> Cass. sez. un. 20 maggio 2010, n. 12337, in *Foro it.*, 2011, III, c. 790, con nota di G. D'AURIA.

<sup>29</sup> Cass. 15 gennaio 2010, n. 528, cit.

in servizio<sup>30</sup> o anche la loro domanda a transitare in regime di quiescenza anticipato<sup>31</sup>, o ancora l'accertamento dell'invalidità civile<sup>32</sup>; così come esulano dalla competenza del giudice contabile questioni comunque concernenti il servizio attivo del dipendente ed in relazione alle quali l'organo giudicante deve attenersi solo ed esclusivamente a quanto emerge dalla documentazione amministrativa<sup>33</sup>.

Sembra però opportuno a questo punto chiarire che sia la Corte di cassazione che la Corte dei conti possono pronunciare sentenze di mero accertamento in relazione allo stato civile di un lavoratore ma, se così è, bisogna individuare un criterio attributivo della giurisdizione. Questo lo si può rinvenire in una recente sentenza della Corte di cassazione che, in ambito di invalidità, ha statuito che la domanda di mero accertamento «chiaramente orientat(a) al fine della maturazione dei contributi figurativi (...) per incrementare l'anzianità contributiva relativa ad un trattamento pensionistico pubblico»<sup>34</sup> può essere decisa dalla Corte dei conti. In sostanza secondo i giudici di legittimità, non è il tipo di azione intrapresa a determinare la giurisdizione, ma lo scopo della domanda contenuto nel *petitum*. Infatti nella sentenza in esame l'oggetto del ricorso era l'accertamento del diritto alla contribuzione figurativa ex art. 80, l. n. 388/2000, in ragione dello stato di invalidità del dipendente; un beneficio, quindi, rilevante per la quantificazione dell'anzianità contributiva utile per la determinazione dell'*an* e del *quantum* del trattamento pensionistico pubblico. In altra sentenza invece la Corte di cassazione ha opportunamente ritenuto ammissibile l'azione, presentata dinanzi il giudice ordinario, di mero accertamento dello stato invalidante che non sia collegata ad una domanda di erogazione di una prestazione previdenziale «ben potendosi configurare l'interesse ad agire in relazione ad uno *status*»<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Corte conti 26 febbraio 1996, n. 75, in *Riv. Corte conti*, 1996, I, p. 182; Corte conti 26 settembre 1990, n. 75488, in *Riv. Corte conti*, 1991, 4, p. 180.

<sup>31</sup> Corte conti 24 febbraio 2005, n. 162, in *Le leggi d'Italia*, secondo cui il ricorso proposto da militari ancora in servizio e non già in quiescenza contenete la richiesta di condanna a pretese afferenti il servizio in atto con la P.A. è devoluto alla giurisdizione amministrativa.

<sup>32</sup> Cass. sez. un. 11 dicembre 2003, n. 18960, in *Guida dir.*, 2004, 4, p. 62.

<sup>33</sup> Corte conti 14 maggio 1985, n. 57960, in *Riv. Corte conti*, 1986, 2, p. 179.

<sup>34</sup> Cass. sez. un. 20 ottobre 2010, n. 21490, in *Foro it.*, 2011, III, c. 790 con nota di G. D'AURIA.

<sup>35</sup> Cass. 4 febbraio 2009, n. 2691, in *Guida dir.*, 2009, 11, p. 24, con nota di M. TATARELLI, relativa all'accertamento dello stato di invalidità civile totale; Cass. 22 giugno 2002, n. 9146, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1077. Vedi però anche Cass. 20 gennaio 2011,

Infine la Corte di cassazione chiarisce che se è pur vero che la Corte dei conti non può pronunciarsi sulla legittimità degli atti amministrativi presupposti neppure in via incidentale, essendo questa una questione relativa al rapporto di servizio, è però altrettanto vero che essa ha il potere - dovere di delibare gli atti amministrativi intervenuti nel precedente rapporto di impiego relativi allo *status* del dipendente ed al suo trattamento economico, poiché essi sono necessari per «dedurne l'incidenza sul trattamento di quiescenza»<sup>36</sup>.

## 5. La giurisdizione pensionistica nella giurisprudenza del Consiglio di Stato

Dall'analisi della giurisprudenza della Consiglio di Stato o dei giudici amministrativi sembra emergere un quadro che, con le dovute eccezioni, è coerente con quanto indicato dalla Corte di cassazione. Infatti i giudici di Palazzo Spada hanno confermato non solo che le domande volte alla determinazione dell'*an* e del *quantum* di pensione sono devolute alla giurisdizione della Corte dei conti, ma hanno anche fatto proprio il criterio distintivo inerente la determinazione dello *status* del lavoratore ed il criterio funzionale.

Quanto al primo punto, il Consiglio di Stato reputa che sia di sua competenza decidere in ordine al versamento dei contributi ed alla determinazione della base pensionabile quando ciò sia direttamente connesso al rapporto di pubblico impiego<sup>37</sup>; infatti i giudici amministrativi hanno ribadito la loro competenza in merito a questioni attinenti la carriera e

n. 1271, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 89 e Cass. 14 ottobre 2010, n. 21209, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 1320, secondo cui è inammissibile l'azione di accertamento mero a prescindere dall'istanza amministrativa di attribuzione della prestazione assistenziale, in quanto questa ne costituisce il presupposto.

<sup>36</sup> Cass. sez. un. 7 agosto 2009, n. 18076, cit.; Cass. 4 gennaio 2007, n. 12, cit.; Cass. sez. un. 14 giugno 2005, n. 12722, cit.; Cass. sez. un. 23 febbraio 1999, n. 99, cit.

<sup>37</sup> Cons. Stato 30 aprile 2002, n. 2323, in *Foro amm. Cds*, 2002, p. 1023; Cons. Stato 7 novembre 2002, n. 6072, in *Foro amm. Cds*, 2002, p. 2812; Cons. Stato 12 febbraio 2001, n. 671, in *Foro amm.*, 2001, p. 571; Cons. Stato 23 febbraio 1998, n. 329, in *Foro amm.*, 1998, p. 371; Cons. Stato 1 settembre 1999, n. 1136, in *Foro amm.*, 1999, p. 1771; Cons. Stato ad. plen. 1 dicembre 1995, n. 32, in *Giur. it.*, 1996, III, c. 372; Cons. Stato ad. plen. 13 febbraio 1989, n. 3, in *Riv. giur. lav.*, 1989, III, p. 303; Cons. Stato 21 settembre 1987, n. 739, in *Foro amm.*, 1987, p. 2238; in senso conforme v. Cass. sez. un. 27 aprile 1995, n. 4674, in *Inf. prev.*, 1995, p. 770.

lo stipendio di pubblici dipendenti che abbiano prestato servizio all'estero<sup>38</sup>, oppure, in materia di ricongiunzione, hanno ribadito la loro competenza in caso di domanda presentata in costanza di rapporto che incida sul trattamento economico inerente il rapporto di impiego<sup>39</sup>. In altre occasioni, infine, mettendo in risalto il potere autoritativo come emanazione del potere dell'ente pubblico datore di lavoro si sono espressi per la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie sulle modifiche statutarie di un fondo pensioni<sup>40</sup>.

Quanto invece al problema dello *status* del dipendente pubblico il Consiglio di Stato, pur confermando che la sua giurisdizione si estende su tutte le questioni inerenti il rapporto di pubblico impiego e non riguarda questioni relative al trattamento previdenziale<sup>41</sup>, ribadisce, concordemente alla Corte di cassazione, che nelle controversie aventi ad oggetto la contestazione di provvedimenti autoritativi di *status* che costituiscono il presupposto della successiva prestazione pensionistica la giurisdizione appartiene all'autorità amministrativa, in quanto tali provvedimenti sono direttamente incidenti sul rapporto di servizio<sup>42</sup>.

Si può rilevare che la questione della modifica dello *status* del lavoratore pubblico ha riguardato in maniera numericamente rilevante le richieste avanzate dai militari in servizio, e relativamente a questa problematica si è formata una considerevole giurisprudenza amministrativa che ha sempre ribadito la propria competenza a decidere. D'altronde non bisogna dimenticare che il collocamento in congedo del militare integra un provvedimento autoritativo che può essere emanato solo dall'ente pubblico datore di lavoro e che, di converso, il militare in servizio vanta unicamente un interesse legittimo all'eventuale modifica migliorativa<sup>43</sup>. Inoltre, ribadiscono i giudici amministrativi, tale accertamento seppur

influenza sulla misura del trattamento pensionistico non incide però direttamente sulla sua liquidazione<sup>44</sup>. Comunque anche in questa fattispecie si è reputato opportuno richiamare il criterio della funzione dell'istituto giuridico oggetto di controversia, infatti, in caso di collocamento in ausiliaria di un militare, il Consiglio di Stato ha ribadito la competenza amministrativa a decidere se il giudizio attinente lo *status* del lavoratore integra un provvedimento di «inquadramento autoritativo in virtù del quale l'amministrazione definisce lo stato giuridico ed economico del militare nell'ambito dell'apparato organizzativo militare»<sup>45</sup>. Qualora, invece, il giudizio verta sull'indennità di ausiliaria come assegno accessorio del trattamento pensionistico la competenza a decidere è della Corte dei conti<sup>46</sup>.

Più in generale, per quel che concerne l'applicazione del criterio funzionale volto ad attribuire la giurisdizione non in base all'inquadramento sistematico dell'istituto, ma in base al suo concreto scopo è da menzionare una sentenza del 2004 in cui il Consiglio di Stato, in caso di dimissioni del lavoratore, ha chiarito che bisogna distinguere tra questioni inerenti atti direttamente accostabili al negozio unilaterale ed incidenti sul rapporto di servizio, quali ad esempio la formalizzazione della domanda, l'ammissibilità della stessa, la sua revoca o l'efficacia temporale, che sono riservate alla competenza del giudice del rapporto, dalle questioni che invece investono direttamente il *quantum* pensionistico a seguito della presentazione delle domande di dimissioni che sono devolute alla giurisdizione della Corte dei conti, quali ad esempio la loro tardiva e quindi illegittima accettazione da parte della P.A.<sup>47</sup>

<sup>38</sup> TAR Toscana 15 luglio 2002, n. 1446, in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 2447.  
<sup>39</sup> Cons. Stato 13 marzo 2008, n. 1078, cit.; Cons. Stato 21 luglio 2003, n. 4203, in *Foro amm. CdS*, 2003, p. 2309.

<sup>40</sup> TAR Lazio 15 febbraio 2002, n. 1043 in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 567.

<sup>41</sup> Cons. Stato 11 luglio 2003, n. 7200, in *Foro amm. CdS*, 2003, p. 3299; Cons. Stato 19 febbraio 2001, n. 873, in *Foro amm.*, 2001, p. 579; Cons. Stato 1 marzo 2001, n. 1102, in *Foro amm.*, 2001, p. 600; Cons. Stato ad. plen. 12 settembre 1989, n. 12, in *Giur. it.*, 1990, III, p. 6. In senso conforme v. Cass. 20 dicembre 2006, n. 27183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1781.

<sup>42</sup> Cons. Stato 31 agosto 2010, n. 6441, in *Foro amm. CdS*, 2010, p. 1461.

<sup>43</sup> Cons. Stato 13 ottobre 2010, n. 7497, cit.; Cons. Stato 10 dicembre 2007, n. 6329, in *Foro amm. CdS*, 2007, p. 3399; Cons. Stato 12 marzo 2007, n. 1207, in *Foro amm. CdS*, 2007, p. 867.

<sup>44</sup> Cons. Stato 13 ottobre 2010, n. 7497, cit.; Cons. Stato 21 dicembre 2006, n. 7779, in *Foro amm. CdS*, 2006, p. 3321.

<sup>45</sup> Cons. Stato 10 dicembre 2007, n. 6329, cit.

<sup>46</sup> TAR Sardegna 26 gennaio 2010, n. 70, rinvenibile *on-line* sul sito del TAR Sardegna Cagliari; TAR Lazio 1 luglio 2009, 6341, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 2089; Cons. Stato 21 dicembre 2006, n. 7779, cit.; Cons. Stato 10 novembre 2003, n. 7200, in *Rivista CdS*, 2003, p. 3299.

<sup>47</sup> Cons. Stato 22 giugno 2004, n. 4376, in *Dir. giur.*, 2004, 28, p. 51, con nota di M. Nisati; Corte conti 18 marzo 2003, n. 348, in *Riv. Corte conti*, 2003, 2, p. 264; Corte conti 10 aprile 2003, n. 430, in *Riv. Corte conti*, 2003, 2, p. 267; Corte conti sez. un. 17 maggio 2000, n. 6/2000/QM, in *Riv. Corte conti*, 2000, 3, p. 98.